

VU Research Portal

Wie is handelaar?

Schaub, M.Y.

published in

Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken
2019

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Schaub, M. Y. (2019). Wie is handelaar? *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken*, 2019(1), 5-13.
<https://www.uitgeverijparis.nl/nl/reader/204978/1001418970>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Wie is handelaar?

Voor het toepassingsbereik van het consumentenrecht is enerzijds van belang dat sprake is van een consument, ook van belang is dat de wederpartij aan te merken is als een handelaar, oftewel een partij die handelt in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf. In deze bijdrage wordt onderzocht wie kwalificeert als handelaar en hoe bij de kwalificatie te werk kan worden gegaan.

1. Inleiding

Voor de toepassing van het consumentenrecht moet in beginsel sprake zijn van een handelaar tegenover een consument, oftewel een b2c-verhouding. In *TvC* 2017, afl. 1 heb ik besproken wie kwalificeert als een consument.¹ In deze bijdrage wordt de andere zijde belicht: wanneer kwalificeert een partij als een handelaar?

Zowel consumenten als hun wederpartijen hebben er belang bij op voorhand te weten of sprake is van een transactie die valt binnen het toepassingsbereik van het consumentenrecht. De dwingendrechtelijke bescherming die dan geldt kan voor de consument een reden zijn om juist met een zakelijke partij te willen contracteren. Voor de wederpartij is het van belang, omdat met de kwalificatie als handelaar een heel scala aan verplichtingen van toepassing wordt op zijn handelen ten opzichte van een consument. Onder meer geldt dan een uitgebreide set informatieplichten en heeft de consument bij een overeenkomst op afstand de mogelijkheid om zich te beroepen op het ontbindingsrecht tijdens de bedenktijd van 14 dagen.²

Of sprake is van een handelaar is evenwel niet altijd eenvoudig te zeggen. Met name in de onlineomgeving, waar iedereen vrij gemakkelijk en tegen lage kosten producten en diensten kan aanbieden, kan de hoedanigheid van de aanbieder onduidelijk zijn. Online kan bijvoorbeeld een pseudoniem worden gebruikt en is niet direct zichtbaar of de verkoper vanuit een winkel of kantoor handelt waaruit de zakelijke hoedanigheid blijkt. Bovendien is er een grijs gebied waarbij een partij op een zeker moment (en wellicht zonder zich daar bewust van te zijn) de grens tussen fanatiek hobbyisme en zakelijk handelen overschrijdt.

Recent is de kwestie aan de orde geweest bij het HvJ EU in *Kamenova*.³ De vraag in deze zaak was of een adverteerder (een natuurlijk persoon) die acht advertenties had geplaatst op internet (voor verschillende producten) kwalificeert als handelaar. Deze uitspraak geeft een aantal belangrijke aanwijzingen ten aanzien van de uitleg van dit begrip. Het HvJ EU oordeelt onder meer dat de kwalificatie als handelaar een benadering van geval tot geval vereist en geeft aan welke factoren daarbij relevant kunnen zijn.

In het navolgende wordt aan de hand van onder meer deze uitspraak besproken hoe bij de kwalificatie van een partij als handelaar te werk kan worden gegaan. Als eerste worden (in par. 2) algemene opmerkingen gemaakt bij de definities van het begrip 'handelaar'. Evenals de kwalificatie als consument is de kwalificatie als handelaar afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Welke omstandigheden dat volgens het HvJ EU kunnen zijn, wordt op een rijtje gezet in par. 3. De wijze waarop die omstandigheden toegepast (kunnen) worden wordt besproken in par. 4 tot en met 6. Ook een tussenpersoon kwalificeert onder omstandigheden als een handelaar, zie daarover par. 7 en 8. In par. 9 wordt tot slot nog kort aandacht besteed aan de spiegelbeeldige situatie dat een consument de aanbieder is en de handelaar de afnemer (oftewel een c2b-verhouding).

2. Homogene uitleg en ambtshalve toetsing

2.1. Definities van het begrip 'handelaar'

De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken definieert een handelaar als een natuurlijke persoon of rechtspersoon die handelspraktijken verricht die onder deze richtlijn vallen en die betrekking hebben op zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit, alsook degene die in naam van of voor rekening van hem optreedt.⁴ De Richtlijn consumentenrechten gebruikt iets andere bewoordingen: iedere natuurlijke persoon of iedere rechtspersoon, ongeacht of deze privaot of publiek is, die met betrekking tot onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt, mede via een andere persoon die namens hem of voor zijn rekening optreedt, in het kader van zijn handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit.⁵

De Richtlijn consumentenkoop definieert het begrip 'verkoper' op vergelijkbare wijze als een natuurlijke persoon of een rechtspersoon die verkoopt in het kader van

* Universitair docent Privaatrecht, Vrije Universiteit Amsterdam en redacteur van dit tijdschrift

1. M.Y. Schaub, 'Wie is consument?', *TvC* 2017, afl. 1, p. 30-40.

2. Een termijn die wordt verlengd tot maximaal een jaar als de consument daar niet, of niet op de juiste wijze, over is geïnformeerd.

3. HvJ EU 4 oktober 2018, C-105/17 (*Kamenova*).

4. Artikel 2 sub b Richtlijn 2005/29/EG. Deze definitie is in artikel 6:193a lid 1 sub b BW in iets andere bewoordingen geïmplementeerd, te weten een natuurlijk persoon of rechtspersoon die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf.

5. Artikel 2 sub 2 Richtlijn 2011/83/EU, zie artikel 6:230g lid 1 sub b BW.

de uitoefening van een bedrijf of beroep.⁶ Zie verder de Richtlijn oneerlijke bedingen waar het begrip ‘verkoper’ (dit omvat tevens de aanbieders van diensten) is gedefinieerd als iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die bij onder deze richtlijn vallende overeenkomsten handelt in het kader van zijn publiekrechtelijke of privaatrechtelijke beroepsactiviteit.⁷

Bij alle definities gaat het er in de kern om of beroeps- of bedrijfsmatig is gehandeld. Dit sluit aan bij de definitie van nationale oorsprong die in het BW nog is terug te vinden in artikel 6:236 en 6:237 BW.

2.2. Richtlijnconforme en homogene uitleg

Begrippen die voortkomen uit een Europese richtlijn moeten een richtlijnconforme uitleg krijgen. Als uitgangspunt geldt dan dat de begrippen autonoom uitgelegd moeten worden. Dat wil zeggen een uitleg die losstaat van hetzelfde begrip in een regel van nationale oorsprong, maar ook los van hetzelfde begrip in andere Europese regelingen. Begrippen in een bepaalde richtlijn of verordening moeten uitgelegd worden in het licht van de doelstelling van de desbetreffende regelgeving. Dat kan meebrengen dat aan eenzelfde begrip in verschillende wetgevende instrumenten een andere uitleg moet worden gegeven. Het zou evenwel wat vreemd zijn om aan begrippen in verschillende richtlijnen een andere uitleg te geven, als de desbetreffende richtlijnen dezelfde of vergelijkbare doelstellingen hebben. In *Kamenova* komt het HvJ EU dan ook tot het oordeel dat het begrip ‘handelaar’ in het kader van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de Richtlijn consumentenrechten op homogene wijze moet worden uitgelegd.⁸

In *Kamenova* werd aan het HvJ EU enkel gevraagd om een oordeel te geven over de uitleg van het begrip ‘handelaar’ in het kader van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. Het HvJ EU signaleert dat voor het geding dat aanleiding was tot de vraag ook van belang is hoe het begrip in het kader van de Richtlijn consumentenrechten dient te worden uitgelegd. De vraag van de nationale rechter wordt daarom door het HvJ EU geherformuleerd zodat ook de uitleg van het begrip ‘handelaar’ als bedoeld in de Richtlijn consumentenrechten in het oordeel wordt betrokken.⁹

Het begrip ‘handelaar’ is in beide richtlijnen op nagenoeg dezelfde wijze gedefinieerd, verder hebben de richtlijnen dezelfde doelstellingen, te weten een goede werking van de interne markt en een hoog niveau van consumentenbescherming. Het oordeel dat het begrip ‘handelaar’ in het kader van beide richtlijnen op homogene wijze moet

worden uitgelegd ligt dan voor de hand en als die gedachtegang wordt doorgetrokken, brengt dat mee dat ook andere gelijkkluidende begrippen uit deze richtlijnen, zoals bijvoorbeeld het begrip ‘consument’, op homogene wijze moeten worden uitgelegd.

De gedachtegang kan daarnaast worden doorgetrokken naar andere richtlijnen die dezelfde of vergelijkbare definities en doelstellingen hebben, zoals bijvoorbeeld de Richtlijn consumentenkoop en de Richtlijn oneerlijke bedingen.¹⁰ Vergelijk de conclusie van A-G Bobek bij de zaak *Pouvin en Dijoux*: de A-G acht voor de uitleg van het begrip ‘verkoper’ in de Richtlijn oneerlijke bedingen de criteria die zijn geformuleerd in *Kamenova* relevant.¹¹

2.3. Ambtshalve toetsen en kwalificeren

Naast de richtlijnconforme uitleg brengt de Europese achtergrond ambtshalve toetsing mee. Het is een vaste lijn in de jurisprudentie van het HvJ EU dat Europees consumentenrecht ambtshalve getoetst en toegepast moet worden.¹² Uit *Faber/Hazet Ochten* vloeit bovendien voort dat de rechter de overeenkomst ambtshalve dient te kwalificeren als een consumentenovereenkomst indien hij over de daartoe noodzakelijke gegevens beschikt of daar op eenvoudig verzoek om verduidelijking over kan beschikken.¹³ In deze zaak, die speelde in het kader van de Richtlijn consumentenkoop, ging het om de vraag of de koper kwalificeerde als een consument, maar breder gezien kan uit deze zaak worden afgeleid dat de rechter ook verplicht kan zijn om instructiemaatregelen te nemen teneinde vast te kunnen stellen of sprake is van een handelaar.

2.4. Ruime uitleg en functioneel criterium

Het begrip ‘handelaar’ is ruim, zowel natuurlijke als rechtspersonen vallen eronder. In *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*¹⁴ (in het kader van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken) komt naar voren dat het begrip ‘onderneming’ dezelfde betekenis en juridische draagwijdte heeft als het begrip ‘handelaar’.¹⁵ In deze zaak oordeelde het HvJ EU verder dat ook instellingen die een publieke taak uitoefenen kwalificeren als een handelaar in de zin van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken. In de definitie van de Richtlijn consumentenrechten en de Richtlijn oneerlijke bedingen komt dit reeds expliciet naar voren.

In *Kamenova* benoemt het HvJ EU dat het begrip ‘handelaar’ een functioneel begrip is waarvoor moet worden nagegaan of de contractuele verhouding (of de handelspraktijk) deel uitmaakt van de activiteiten die een persoon

6. Artikel 1 lid 2 sub c Richtlijn 1999/44/EG, zie artikel 7:5 lid 1 BW.

7. Artikel 2 sub c Richtlijn 1993/13/EEG. Zie bijvoorbeeld ook artikel 3 sub 6 van Richtlijn (EU) 2015/2303 (pakketreizen) en artikel 2 lid 1 sub e van Richtlijn 2008/122/EG (timeshare).

8. HvJ EU 4 oktober 2018, C-105/17, r.o. 27-29 (*Kamenova*).

9. HvJ EU 4 oktober 2018, C-105/17, r.o. 23-34 (*Kamenova*). Zie ook de concl. van A-G M. Szpunar bij deze zaak, punt 24-27.

10. Een belangrijk verschil is dat de Richtlijn consumentenkoop (1999/44/EG) en de Richtlijn oneerlijke bedingen (1993/13/EEG) minimum-harmonisatie beogen.

11. Concl. A-G M. Bobek bij HvJ EU 15 november 2018, C-590/17, punt 22 en 32 (*Pouvin en Dijoux*).

12. Zie bijvoorbeeld C.J.A. Seinen & A.G.F. Ancery, ‘Vorderingen in b2c-verstekken: toetsen of toewijzen?’, *TCR* 2015, afl. 3; A. Ancery & B. Krams, ‘Ambtshalve toepassing van consumentenrecht: grensbepaling en praktische kwesties’, *AA* 2016, afl. 11, p. 825-830.

13. HvJ EU 4 juni 2015, C-497/13, r.o. 46 (*Faber/Hazet Ochten*). In het kader van de Richtlijn oneerlijke bedingen zie HvJ EU 9 november 2010, C-137/08, r.o. 56 (*Pénzügyi*). Over *Faber/Hazet Ochten* zie A.S. Hartkamp, ‘Ambtshalve toepassing van Europees Consumentenrecht: de Richtlijn consumentenkoop’, *AA* 2015, afl. 10, p. 816-820 en A.F.G. Ancery & C.M.D.S. Pavillon, ‘De rechterlijke lijdelijkheid in rook opgegaan? De ambtshalve toepassing van de consumentenkoopregels nader toegelicht’, *MvV* 2015, afl. 9, p. 243-254.

14. HvJ EU 3 oktober 2013, C-59/12 (*Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*).

15. HvJ EU 3 oktober 2013, C-59/12, r.o. 31 (*Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*).

beroepsmatig verricht.¹⁶ Deze benadering kwam ten aanzien van de kwalificatie als consument naar voren in *Costea*, waar moest worden beoordeeld of een overeenkomst juist geen verband hield met de beroepsactiviteit van de afnemer.¹⁷

Een functionele benadering betekent dat kennis en ervaring van de handelende partijen geen rol spelen bij de kwalificatie, maar in *Kamenova* benoemt het HvJ EU de vraag of de verkoper beschikt over informatie en technische vaardigheden juist als een relevant criterium bij de beoordeling of sprake is van handelen in het kader van een beroepsactiviteit.¹⁸ Geheel functioneel is het begrip 'handelaar' dan kennelijk niet.

2.5. Handelen buiten de eigen expertise of hoofdactiviteit

De definities van het begrip 'handelaar' zouden zo gelezen kunnen worden dat het handelen van de handelaar te maken moet hebben met de activiteiten waar het beroep of bedrijf van de handelende (rechts)persoon op ziet. Zo bezien zou een overeenkomst gesloten buiten de expertise van de aanbieder aangemerkt kunnen worden als niet-beroepsmatig handelen zodat van een handelaar in de zin van de genoemde richtlijnen geen sprake is.

Dat zou een te beperkte interpretatie van de bewoordingen van de definities zijn. Handelen in het kader of met betrekking tot een beroepsactiviteit betekent niet noodzakelijkerwijs dat ook binnen de expertise of deskundigheid van de aanbieder moet zijn gehandeld of dat in het kader van de hoofdactiviteiten van de aanbieder moet worden gehandeld. Uit *Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen* kan worden afgeleid dat bijkomstige diensten of nevenactiviteiten die de hoofdactiviteiten ondersteunen of bevorderen ook aangemerkt kunnen worden als beroepsmatige activiteiten.¹⁹

In zijn conclusie bij de zaak *Pouvin en Dijoux* gaat A-G Bobek nog een stap verder. Hij betoogt dat ook activiteiten die niet direct gerelateerd of ondersteunend zijn aan de hoofdactiviteiten van de aanbieder gezien kunnen worden als bedrijfsmatige activiteiten. Het ging in deze zaak om de uitleg van het begrip 'verkoper' in de Richtlijn oneerlijke bedingen en de vraag was of een energiemaatschappij die haar werknemers de mogelijkheid biedt om een hypothecaire lening af te sluiten met de werkgever kwalificeert als een verkoper in de zin van deze richtlijn. Het verstrekken van hypothecaire leningen aan werknemers is niet de hoofdactiviteit van het energiebedrijf. Maar, betoogd kan worden dat dit een onderdeel vormt van het sociale beleid van het energiebedrijf, wat gerelateerd kan worden aan het werven en behouden van gekwalificeerd en vaardig personeel. Iets wat weer bevoor-

derlijk is voor een succesvolle bedrijfsvoering van het energiebedrijf.²⁰

Het verband met de commerciële of beroepsmatige activiteit van de aanbieder is overigens wel een van de criteria die relevant wordt geacht door het HvJ EU in *Kamenova* bij de beoordeling of als handelaar wordt gehandeld. Hoe nauwer dat verband is, hoe eerder sprake zal zijn van een handelaar.

Zie bijvoorbeeld het Hof 's-Hertogenbosch 13 mei 2008 over de kwalificatie van de koop van een paard als consumentenkoop. Het hof oordeelde dat bij de kwalificatie als bedrijfsmatige verkoper niet beslissend was of de bedrijfsactiviteiten van de verkoper in hoofdzaak gericht waren op het verkopen van paarden.²¹ In dit geval waren de bedrijfsactiviteiten, te weten het opfokken van paarden, evenwel nauw verwant aan de verkoop van paarden. Verder had de verkoper de advertentie geplaatst op naam van zijn bedrijf en werden met enige regelmaat onder deze bedrijfsnaam paarden te koop aangeboden op internet; dit leidde tot de conclusie dat bedrijfsmatig werd gehandeld.

3. Kamenova: alle omstandigheden van het geval

De zaak in *Kamenova* betrof een natuurlijk persoon die onder een alias (Eveto-ZZ) acht advertenties had geplaatst van verschillende producten op de website Olx.bg, een website die zo op het eerste gezicht vergelijkbaar is met Marktplaats.nl.²² De Bulgaarse toezichthouder had de verkoper een boete opgelegd wegens overtreding van de informatieplichten die voortvloeien uit de Richtlijn consumentenrechten en de weigering om gehoor te geven aan het beroep van een koper op het herroepingsrecht binnen de bedenktijd. In de nationale procedure die volgt komt de vraag op of de verkoper is aan te merken als een handelaar.

Het HvJ EU stelt vast dat de kwalificatie als handelaar een benadering van geval tot geval vereist.²³ Er is niet een enkel criterium of aanknopingspunt voor de kwalificatie als handelaar, of een partij handelt in het kader van een beroep of bedrijf moet worden afgeleid uit de omstandigheden van het geval. De volgende criteria worden door het HvJ EU relevant geacht:²⁴

- de al dan niet georganiseerde wijze van de verkoop;
- winst oogmerk;
- of de verkoper beschikt over informatie en technische vaardigheden waarover de consument niet noodzakelijk beschikt;
- de rechtsvorm van de verkoper en met name of die hem in staat stelt handelsdaden te stellen;
- verband met de commerciële of beroepsmatige activiteit van de verkoper;

16. HvJ EU 4 oktober 2018, C-105/17, r.o. 35 (*Kamenova*) (met verwijzing naar HvJ EU 17 mei 2018, C-147/16 (*Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen*)).

17. HvJ EU 3 september 2015, C-110/14, r.o. 21 (*Costea*).

18. HvJ EU 4 oktober 2018, C-105/17, r.o. 38 (*Kamenova*), het als derde genoemde criterium.

19. HvJ EU 17 mei 2018, C-147/16, r.o. 57 en 58 (*Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen*).

20. Vergelijk concl. A-G M. Bobek bij HvJ EU 15 november 2018, C-590/17, punt 43 (*Pouvin en Dijoux*).

21. Hof 's-Hertogenbosch 3 mei 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BD5810, r.o. 4.10.

22. Kennelijk ging het om producten met een aanzienlijke waarde, waaronder een horloge, zie HvJ EU 4 oktober 2018, C-105/17, r.o. 14-18 (*Kamenova*).

23. R.o. 37. In die zin ook de concl. van A-G M. Szpunar, punt 50 en de concl. van A-G Y. Bot bij C-59/12, punt 37 (*Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*).

24. HvJ EU 4 oktober 2018, C-105/17, r.o. 38 (*Kamenova*).

- btw-plichtigheid;
- of de verkoper die optreedt namens of voor rekening van handelaren een vergoeding of een deel van de winst ontvangt;
- de inkoop van tweedehands of nieuwe goederen voor de verkoop, waardoor de verkoopactiviteit met een zekere regelmaat, frequentie en/of gelijktijdig met zijn commerciële beroepsactiviteit plaatsvindt;
- het type en de waarde van de te koop aangeboden producten, met name of ze allemaal van hetzelfde type zijn of dezelfde waarde hebben, en in het bijzonder of het aanbod is geconcentreerd op een beperkt aantal producten.

Het HvJ EU benadrukt dat de genoemde criteria noch uitputtend, noch uitsluitend zijn. Dat betekent dat ook andere criteria een rol kunnen spelen en indien voldaan is aan een of meerdere criteria wil dat nog niet zeggen dat er sprake is van een handelaar. Het HvJ EU geeft aan dat het enkele feit dat een verkoop een winstoogmerk heeft of dat een persoon tegelijkertijd op een onlineplatform een aantal advertenties plaatst waarin nieuwe of tweedehandsgoederen te koop worden aangeboden op zichzelf niet voldoende is om die persoon als een handelaar aan te merken.²⁵

Zoals in par. 2 al werd opgemerkt staat het feit dat de activiteiten niet behoren tot de hoofdactiviteit van de aanbieder er niet aan in de weg om de aanbieder als een handelaar te kwalificeren, maar een (nauw) verband met die activiteiten zal al snel tot de conclusie kunnen leiden dat er als handelaar wordt opgetreden.

Uit *Kamenova* valt af te leiden dat bij de kwalificatie als handelaar niet volstaan kan worden met het betrekken van één of twee relevante aspecten bij de beoordeling, maar dat er meer werk van gemaakt moet worden: alle relevante omstandigheden van het geval moeten bij de kwalificatie betrokken worden.²⁶ De regelmaat en frequentie van de activiteiten zijn relevant, maar iemand die veel advertenties heeft geplaatst hoeft daarmee nog niet direct te vrezen voor de kwalificatie als handelaar.

Als evenwel op basis van slechts enkele criteria zonder meer kan worden vastgesteld dat zakelijk wordt gehandeld, dan lijkt het me onnodig om nog meer criteria langs te lopen. Denk aan een rechtspersoon die op een goed georganiseerde wijze een dienst aanbiedt die centraal is aan de bedrijfsactiviteiten van deze rechtspersoon. De andere criteria voegen dan niet veel meer toe en het eventuele ontbreken van kennis en vaardigheden of het ontbreken van een winstoogmerk zal ook niet veel gewicht meer in de schaal kunnen leggen.

In *Kamenova* wordt, net zoals in *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*, opgemerkt dat de betekenis van het begrip ‘handelaar’ moet worden bepaald in ver-

houding tot het correlatieve, maar tegengestelde begrip ‘consument’.²⁷ Bij de kwalificatie als consument moet worden onderzocht of een partij juist niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf. De omstandigheden van het geval die relevant zijn bij de beoordeling of iemand handelt als consument kunnen dan ook relevant zijn bij de beoordeling of iemand handelt als handelaar. Bijvoorbeeld de omstandigheid dat iemand voor de ontvangst van een betaling gebruikmaakt van een privérekening kan een aanwijzing zijn dat niet beroepsmatig wordt gehandeld.

4. Enkele criteria nader belicht

Het HvJ EU noemt in *Kamenova* dat de regelmaat en frequentie van de verkoopactiviteiten relevant kunnen zijn. Daarmee wordt niet met zoveel woorden gezegd dat de omvang van de verkoopactiviteiten relevant is, maar dat ligt wel in het verlengde van deze criteria. De begrippen ‘regelmaat’ en ‘frequentie’ vallen niet altijd samen met omvang, iemand kan bijvoorbeeld zeer onregelmatig heel veel verkopen, dan is sprake van een zekere omvang, maar niet van regelmaat en frequentie. Maar, als het regelmatig verkopen van bijvoorbeeld een enkel item een bepaalde frequentie krijgt, dan kan gesproken worden van een zekere omvang van de activiteiten, die maakt dat een kwalificatie als handelaar in de rede ligt.

Dat de omvang van de onlineverkoop relevant kan zijn kwam ook naar voren in *l’Oreal/eBay*.²⁸ In deze zaak merkt het HvJ EU op dat het kan zijn dat het online verkopen een bepaald volume of frequentie krijgt (of andere kenmerken) zodat het daarmee buiten de sfeer van privéactiviteiten valt.²⁹

De omvang van de activiteiten zou relatief eenvoudig geconcretiseerd kunnen worden door een bepaald aantal transacties of een bepaalde omzet als grens te stellen. In de Mededeling van de Commissie over een Europese agenda voor de deeleconomie doet de Commissie de suggestie om (eventueel per sector) drempels vast te stellen waaronder een economische activiteit als niet-professionele activiteit wordt beschouwd.³⁰ Dat zou evenwel een grote mate van willekeur mee kunnen brengen en het kan per product of dienst sterk verschillen wat gezien moet worden als omvangrijk.³¹

De Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de Richtlijn consumentenrechten hebben onder meer als doel om consumenten die zich in een zwakkere positie bevinden ten opzichte van de professionele wederpartij te beschermen. Een voorsprong in kennis en vaardigheden zou kunnen meebrengen dat er een scheve verhouding is. Dit sluit aan bij het als derde genoemde criterium: informatie en technische vaardigheden waar de verkoper over be-

25. HvJ EU 4 oktober 2018, C-105/17, r.o. 40 en 44 (*Kamenova*).

26. HvJ EU 4 oktober 2018, C-105/17, r.o. 45 (*Kamenova*), in die zin ook de concl. van A-G M. Szpunar, punt 60.

27. HvJ EU 3 oktober 2013, C-59/12, r.o. 33 (*Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs*); HvJ EU 4 oktober 2018, C-105/17, r.o. 33 (*Kamenova*).

28. HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09 (*l’Oreal/eBay*).

29. Dan begeeft de verkoper zich in het economische verkeer als bedoeld in artikel 5 Richtlijn 89/104 en artikel 9 Verordening (EG) 40/94, zie HvJ EU 12 juli 2011, C-324/09, r.o. 55 (*l’Oreal/eBay*). Zie ook: Rb. Groningen 19 augustus 2009, ECLI:NL:RBGRO:2009:BJ6974 en Hof Arnhem 6 november 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BC2967, r.o. 5.9.

30. Mededeling van de Commissie over een Europese agenda voor de deeleconomie, 2 juni 2016, COM(2016)356 final, p. 5-6.

31. Vergelijk N. Helberger e.a., *Digital Consumers and the Law. Towards a Cohesive European Framework*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2012, p. 46-47.

schikt en waar de consument niet noodzakelijk over beschikt.³² Dit is andersom juist niet het geval. Bij de kwalificatie als consument spelen kennis en expertise van de afnemer uitdrukkelijk geen rol. Een autohandelaar die een auto koopt voor privégebruik kwalificeert als een consument, ook al heeft hij veel kennis en ervaring met betrekking tot auto's en het (ver)kopen van auto's.³³

Uit de aspecten winstoogmerk en waarde van de producten kan worden afgeleid dat de hoogte van de gevraagde prijs van belang kan zijn. Dit geldt niet alleen voor zaken, maar ook voor diensten. De hoogte van de berekende huurprijs werd bijvoorbeeld door het Gerechtshof Den Haag relevant geacht bij de vraag of verhuur via Airbnb als een commerciële activiteit moet worden aangemerkt.³⁴

De door het HvJ EU genoemde criteria sluiten aan bij de criteria die in de literatuur worden genoemd. Helberger e.a. bespreken de mate van organisatie, de schaal, winstoogmerk en de algehele impressie als relevantie-indicatoren.³⁵ Twigg-Flesner noemt de regelmaat waarmee aanbiedingen worden gedaan, de variatie in de goederen of digitale producten die worden aangeboden, het volume van de transacties en de mate van ontwikkeling van de aanbieder.³⁶

Hijma meent dat iemand die hobbymatig tweedehands-auto's opkapt en doorverkoopt aan particulieren niet te snel als handelaar zou moeten worden gekwalificeerd, en noemt een pand, een handelsnaam en reclame als aanwijzingen dat sprake is van professionele bedrijfsvoering.³⁷

Het HvJ EU stelt dat een winstoogmerk niet voldoende is om te komen tot de kwalificatie als handelaar. Daarentegen staat het ontbreken van een winstoogmerk of een lage winst er volgens Riefa ook weer niet aan in de weg om wél als een handelaar gekwalificeerd te worden.³⁸

Overigens oordeelde het HvJ EU eerder al dat het ontbreken van een winstoogmerk niet relevant is voor de definitie van het begrip 'verkoper' als bedoeld in de Richtlijn oneerlijke bedingen.³⁹

Verkade noemt regelmatigheid en kwantiteit als relevante factoren. Verkade is verder van mening dat een rechtspersoon die handelt overeenkomstig zijn statutaire doelstelling of overeenkomstig een branchevermelding in het handelsregister zonder meer kwalificeert als handelaar,

zonder dat naar kwantitatieve criteria behoeft te worden gekeken.⁴⁰

Vergelijk verder de Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices waar wordt aangegeven dat bij de bepaling of een partij een handelaar is in de zin van Richtlijn 2005/29/EG de volgende criteria in acht genomen moeten worden: winstoogmerk, het aantal, de waarde en de frequentie van de transacties, de omzet en of er aankopen gedaan worden om door te verkopen.⁴¹

In het publiekrechtelijke domein kan een vergelijkbare vraag opkomen. Het verkopen van spullen via internet kan een zodanige omvang krijgen dat de verdiensten gezien worden als inkomen, wat gevolgen kan hebben voor het recht op een bijstandsuitkering. Bij de Centrale Raad van Beroep lag een zaak voor van een verkoper die regelmatig zaken via Marktplaats.nl en Spullenbank.nl te koop aanbood voor hoge prijzen, zodat het vermoeden bestond dat het niet ging om incidentele verkoop.⁴² In het kader van het heffen van inkomstenbelasting wordt door de Belastingdienst bij de kwalificatie van de belastingplichtige als ondernemer gekeken naar winst, zelfstandigheid, kapitaal, de tijd die in de werkzaamheden wordt gestoken, het aantal opdrachtgevers, of er een zeker ondernemersrisico gemoeid is met de activiteiten en de aansprakelijkheid voor schulden.⁴³

5. Pro-logo's en powersellers

Soms zijn op onlineplatformen aanwijzingen te vinden ten aanzien van de criteria die relevant worden geacht voor de kwalificatie als handelaar. BlaBlaCar (een carpool of *ridesharing*-platform) verbiedt haar gebruikers bijvoorbeeld om bedrijfsmatig van het platform gebruik te maken. In de algemene voorwaarden wordt gespecificeerd dat de bijdrage in de kosten die van passagiers wordt gevraagd niet hoger mag zijn dan de kosten die in werkelijkheid worden gemaakt, waarbij de bestuurder die de rit aanbiedt zijn eigen kosten moet dragen. Uit de algemene voorwaarden volgt verder dat gebruikers van BlaBlaCar van het platform verwijderd kunnen worden indien sprake is van activiteiten die wegens de aard of de frequentie van de aangeboden ritten, het aantal vervoerde passa-

32. Dit kwam ook naar voren in HvJ EU 15 januari 2015, C-537/13, r.o. 23-24 (*Birutė Šiba*) (in het kader van de kwalificatie als verkoper als bedoeld in de Richtlijn oneerlijke bedingen).

33. Deze benadering is door het HvJ EU aangehouden in HvJ EU 3 september 2015, C-110/14, r.o. 21 en 27 (*Costea*). Zie hierover; E. Terryn, "Consumers, by definition, include us all" ... but not for every transaction', *ERPL* 2016, afl. 2, p. 273.

34. Hof Den Haag 9 mei 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1361 (zie r.o. 18). Zie ook Rb. Groningen 19 augustus 2009, ECLI:NL:RBGRO:2009:BJ6974 waar onder meer het ontbreken van een winstoogmerk meegewogen wordt bij het oordeel dat geen sprake was van bedrijfsmatig handelen.

35. N. Helberger e.a., *Digital Consumers and the Law. Towards a Cohesive European Framework*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2012, p. 41-51.

36. C. Twigg-Flesner, 'Disruptive technology – disrupted law? How the digital revolution affects (contract) law', in: Alberto De Franceschi (red.), *European Contract law and the Digital Single Market*, Intersentia 2016, par. 6.2.

37. Asser/Hijma 7-I* 2013/82.

38. C. Riefa, *Consumer Protection and Online Auction Platforms*, Surrey: Ashgate Publishing Company 2015, p. 25.

39. HvJ EU 17 mei 2018, C-147/16, r.o. 51 (*Karel de Grote – Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen*).

40. D.W.F. Verkade, *Oneerlijke handelspraktijken jegens consumenten* (Mon. BW, deel B49a), Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 15.

41. Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices 4-12-2009 SEC(2009)1666 final, p. 14-15. Zie ook Richtsnoeren voor de tenuitvoerlegging/toepassing van Richtlijn 2005/29/EG betreffende oneerlijke handelspraktijken bij de Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, 25 mei 2016, SWD(2016)163 final, p. 37.

42. CRvB 29 mei 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BW7738, in deze zaak werd de bijstandsuitkering beëindigd, omdat de verkoper geen gevolg gaf aan de oproepen om inlichtingen te verstrekken over zijn inkomsten en uitgaven. Vergelijk ook CRvB 5 juli 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BR1578 en BR1579.

43. Zie www.belastingdienst.nl, zoek op de vraag 'wanneer ben ik ondernemer'.

giers en de bijdrage in de kosten die wordt gevraagd, tot een situatie leiden waarin winst wordt geboekt of die om welke reden dan ook de indruk wekken bij BlaBlaCar dat winst wordt gemaakt.⁴⁴

Peerby (een platform waar spullen uitgeleend en verhuurd kunnen worden) geeft in de algemene voorwaarden aan dat speciale eisen gesteld kunnen worden aan advertenties voor commerciële of bedrijfsmatige verhuur. De voorwaarden specificeren niet wat onder commercieel of bedrijfsmatig wordt verstaan, maar een gebruiker wordt op de hoogte gesteld als daar volgens Peerby sprake van is.⁴⁵

Kennelijk wordt dit door Peerby per geval gezien.

Concrete aanwijzingen dat bedrijfsmatig wordt gehandeld zijn in ieder geval het gebruik van een handelsnaam, noemen van een registratienummer bij de Kamer van Koophandel of het noemen van een btw-nummer.⁴⁶ Op veilingsite Catawiki krijgt een partij die een btw-nummer heeft of op andere wijze heeft aangetoond dat professioneel of bedrijfsmatig wordt verkocht een Pro-logo naast de gebruiksnaam. Catawiki geeft niet aan welke criteria worden gehanteerd bij de toekenning van dit logo in gevallen dat de verkoper geen btw-nummer heeft. Niet uitgesloten is verder dat verkopers die het Pro-logo niet hebben toch als handelaar te kwalificeren zijn. Catawiki hanteert ook een Top-logo voor veel verkopende particulieren en/of bedrijven met hoge feedbackscore. Een Top-logo kan weer een aanwijzing zijn dat bedrijfsmatig wordt gehandeld.

Dit geldt ook voor zogenaamde *powersellers* op eBay. Deze status geeft recht op bepaalde voordelen bij eBay, zoals korting op het bedrag dat door eBay in rekening wordt gebracht per verkocht item. Om de *powerseller*-status te krijgen moet een minimumaantal transacties en minimumomzet gehaald worden. Maar ook hier gaat het slechts om een aanwijzing, een *powerseller* is niet per definitie een professionele handelaar en andersom zal niet elke professionele handelaar de status van *powerseller* hebben.

Marktplaats.nl biedt aan handelaren de mogelijkheid om boven de advertentie het KvK-nummer en de vorm van het bedrijf te vermelden. In dat geval is de hoedanigheid duidelijk, maar dat wil wederom niet zeggen dat verkopers die een 'gewone' advertentie hebben geen handelaar zijn.

Omvang, duur en regelmaat van het handelen kan in sommige gevallen afgeleid worden uit de onlinereviews die klanten achterlaten. Ook uit de vormgeving of de bewoordingen van advertenties kan soms afgeleid worden of sprake is van eenmalige verkoop of een advertentie van een partij die structureel zaken aanbiedt. Marktplaats.nl toont verder onder aan een advertentie een link

naar de overige advertenties van de adverteerder. Grote aantallen advertenties met betrekking tot dezelfde productgroep kunnen duiden op een professionele hoedanigheid, maar frequentie zegt ook weer niet alles. Wat bijvoorbeeld te denken van iemand die onder vermelding van enkel een voornaam doorlopend gemiddeld vijf nieuwe Lego-sets aanbiedt via Marktplaats.nl en die lovende reviews heeft over de organisatie van zijn verkoop? Gaat het dan om een fanatieke verzamelaar die zijn collectie beheert of een professionele partij?

6. Innerlijke doelen of gewekt vertrouwen

Uit lagere Nederlandse rechtspraak kan worden opgemaakt dat bij de kwalificatie als handelaar het door de handelaar gewekte vertrouwen als uitgangspunt wordt genomen.⁴⁷ Bepalend is dan of de afnemer er gerechtvaardigd op mag vertrouwen dat zijn wederpartij beroepsmatig handelt. Zie in die zin Hof 's-Hertogenbosch 26 augustus 2014 in het kader van de kwalificatie van een koopovereenkomst als een consumentenkoop in de zin van artikel 7:5 lid 1 BW. De verkoper van honden had zich volgens het hof consequent voorgedaan als een verantwoordelijke en professionele fokker door zich te beroepen op jarenlange ervaring en samenwerking met dierenartsen. Relevant werd verder geacht dat de fokker een professioneel vormgegeven website had, met onder meer een digitaal aanvraagformulier, nieuwsbrief, gastenboek en forum. Verder had het fokken een serieuze omvang en was het geen incidentele activiteit (ook al fluctueerde het aantal nestjes per jaar), het fokken was mede ten behoeve van derden en er werden ook rashonden geïmporteerd. Al deze aspecten tezamen geven volgens het hof de indruk dat het fokken meer dan een hobby of particuliere aangelegenheid is.⁴⁸

Een vergelijkbare benadering werd gevolgd door het Hof Arnhem 6 november 2007, eveneens in het kader van artikel 7:5 lid 1 BW en met betrekking tot de verkoop van een hond. Het Hof Arnhem neemt als uitgangspunt dat beslissend is wat partijen over en weer hebben verklaard en wat zij over en weer uit elkaars verklaringen en gedragingen hebben mogen afleiden. Daaraan wordt ten overvloede nog toegevoegd dat veel zal afhangen van de manier waarop de verkoper naar buiten treedt.⁴⁹ In deze zaak werd de verkoper overigens niet als bedrijfsmatige verkoper aangemerkt omdat het fokken van de honden van onvoldoende omvang werd geacht.⁵⁰

De criteria die het HvJ EU als relevant aanmerkt zullen niet allemaal naar buiten kenbaar zijn, bijvoorbeeld de omvang van de activiteiten en het al dan niet aanwezig zijn van een winst oogmerk zullen niet altijd zichtbaar

44. Zie artikel 6 Algemene voorwaarden BlaBlaCar, te raadplegen via <https://blog.blablacar.nl/about-us/terms-and-conditions> (laatst geraadpleegd op 12 november 2018).

45. De algemene voorwaarden van Peerby zijn te raadplegen via: www.peerby.com/terms-and-conditions (laatst geraadpleegd 12 november 2018).

46. Op grond van artikel 3:15d BW is iemand die online zaken of diensten aanbiedt verplicht om zijn KvK-nummer en btw-nummer te vermelden, als hij daarover beschikt, maar dat zal lang niet iedereen ook doen.

47. Zie hierover in het kader van de kwalificatie als verkoper in de zin van artikel 7:5 lid 1 BW: M.B.M. Loos, *Consumentenkoop* (Mon BW, deel B65b), Deventer: Kluwer 2014, nr. 12.

48. Hof 's-Hertogenbosch 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2976, r.o. 6.7.

49. Hof Arnhem 6 november 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BC2967, r.o. 5.5.

50. Hof Arnhem 6 november 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BC2967, r.o. 5.10. Het ging om één of twee nestjes per jaar. Vergelijk ook Rb. Groningen 19 augustus 2009, ECLI:NL:RBGRO:2009:BJ6974, waar onder meer vanwege de lage frequentie van de gefokte paarden (vier in tien jaar) geoordeeld werd dat geen sprake was van bedrijfsmatig handelen.

zijn voor de afnemer, maar kunnen wel worden meegevoerd. De kwalificatie zal dan niet enkel afhankelijk zijn van omstandigheden die kenbaar zijn voor de afnemer. Mocht de naar buiten toe gewekte indruk zo sterk wijzen op bedrijfsmatig handelen dan zal het mogelijk wel lastig zijn om nog aan de kwalificatie als handelaar te ontkomen wegens een beperkte omvang van de activiteiten of het ontbreken van een winstoogmerk.

Bij de kwalificatie als consument wordt als uitgangspunt juist een subjectieve benadering aangehouden, dat wil zeggen dat de interne bedoelingen van een klant bepalend worden geacht.⁵¹ Zuiver subjectief zal deze benadering waarschijnlijk ook niet altijd zijn, want degene die zich op het consumentenrecht beroept zal in voorkomend geval moeten bewijzen dat de overeenkomst voor privédoeleinden werd gesloten en dan zal het aankomen op de kenbare aspecten van de overeenkomst en de kenbare omstandigheden rondom het sluiten daarvan.⁵² Als alles erop wijst dat het om een zakelijke aankoop ging, dan zal kwalificatie als consument niet in de rede liggen, ook al stelt degene die zich hierop beroept dat zijn interne bedoelingen privé waren.

7. Handelen in naam of voor rekening van een handelaar

Iemand die namens of voor rekening van een handelaar handelt kwalificeert wat betreft de toepassing van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken en de Richtlijn consumentenrechten ook als handelaar.⁵³ In het BW is dit af te leiden uit de definities opgenomen in artikel 6:193a lid 1 sub b en artikel 6:230g lid 1 sub b BW. Ten aanzien van de bepalingen van de Richtlijn consumentenrechten die in Boek 7 BW zijn geïmplementeerd is dit tot uitdrukking gebracht in artikel 7:9 lid 5, artikel 7:11 lid 3 en artikel 7:19a lid 4 BW.⁵⁴ Dit komt voort uit de definitie van het begrip 'handelaar' in artikel 2 lid 2 Richtlijn consumentenrechten en artikel 2 van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken, met name de zinsnede 'mede via een andere persoon die namens hem of voor zijn rekening optreedt'.⁵⁵ Deze zinsnede is niet helemaal duidelijk en zou zo gelezen kunnen worden dat de achterman of vertegenwoordigde verantwoordelijk gehouden kan worden voor het optreden van de tussenpersoon (ongeacht de vorm van de vertegenwoordiging).⁵⁶

De wijze waarop de Nederlandse wetgever de definitie heeft geïmplementeerd heeft tot gevolg dat de verplichtingen die uit deze richtlijnen voortvloeien voor handelaars ook gelden voor hun vertegenwoordigers. Dit betreft bijvoorbeeld de informatieplichten van artikel 6:230m BW, maar ook de verplichtingen die voortvloeien uit ar-

tikel 7:9 BW (de hoofdverplichtingen van de verkoper), artikel 7:11 BW (risico-overgang) en artikel 7:19a BW (verzuim).

Dat heeft wat betreft de verplichtingen die voortvloeien uit de Richtlijn consumentenrechten vrij verstrekkende gevolgen, omdat hier verplichtingen bij zitten die typisch behoren tot de verbintenissen die in beginsel rusten op de contractuele wederpartij van de consument, bijvoorbeeld de verplichting om de consument terug te betalen na uitoefening van het ontbindingsrecht⁵⁷ en de verplichting om de zaak over te dragen.⁵⁸

Dit heeft in de Nederlandse context enkel gevolgen voor de directe (of onmiddellijke) vertegenwoordiger. Deze vertegenwoordiger (die in naam van zijn achterman handelt) bindt niet zichzelf, maar zijn achterman.⁵⁹ De directe vertegenwoordiger valt er naar Nederlands recht zeggend tussenuit. Als gevolg van de kwalificatie als handelaar in de zin van de Richtlijn consumentenrechten komen evenwel toch verplichtingen die typisch behoren bij de verbintenissen die rusten op de contractuele wederpartij van de consument op hem te rusten.

De middellijke vertegenwoordiger (die in eigen naam maar voor rekening van een achterman handelt) bindt zichzelf aan de overeenkomst met de consument en is om die reden aan de verplichtingen die voortvloeien uit deze overeenkomst en de richtlijnen gebonden, met dien verstande dat in gevallen dat de tussenpersoon zelf een particulier is, deze toch als handelaar wordt aangemerkt indien degene voor wiens rekening wordt opgetreden een handelaar is.

Wat betreft de informatieplichten die gelden rondom het sluiten van de overeenkomst vind ik het goed te begrijpen dat de directe vertegenwoordiger (naast de vertegenwoordigde) verantwoordelijk kan worden gehouden voor het voldoen aan deze plichten. De tussenpersoon is immers degene die in contact staat met de consument voor en tijdens het sluiten van de overeenkomst. De vraag is dan nog wel wat de sanctie zou moeten zijn indien de tussenpersoon hier niet aan voldoet. Dit is in de richtlijnen en in het BW niet geregeld. Een zinnige remedie zou kunnen zijn de mogelijkheid tot vernietiging van de overeenkomst met de achterman, ook indien de tussenpersoon wordt aangesproken op de schending van de informatieplichten. Een andere remedie zou kunnen zijn dat de tussenpersoon schadevergoeding moet betalen wegens niet nakoming van zijn verbintenis, maar dat zal waarschijnlijk minder effectief zijn.

Wat betreft de verplichtingen die verbonden zijn met het uitvoeren van de overeenkomst, zoals het leveren van de zaak, is het minder voor de hand liggend om hier (ook)

51. M.Y. Schaub, 'Wie is consument', *TvC* 2017, afl. 1, p. 33.

52. Hierover M.Y. Schaub, 'Wie is consument', *TvC* 2017, afl. 1, p. 30-40.

53. Dit geldt ook voor Richtlijn 2008/122/EG (timeshare).

54. Het is niet helemaal goed gegaan, uit artikel 7:9 lid 5, artikel 7:11 lid 3 en artikel 7:19a lid 4 BW lijkt te volgen dat de tussenpersoon ook moet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf, maar dat is op basis van de definities van de richtlijnen niet vereist.

55. Of zoals het in de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken staat: '(...) alsook degene die in naam van of voor rekenschap van hem optreedt.'

56. Zie hierover A. de Vries, 'Travel intermediaries and responsibility for compliance with EU travel law: a scattered legal picture', *EuCML* 2016, afl. 3, par. III, de Nederlandse wetgever heeft de definities zo gelezen dat de tussenpersoon ook gezien wordt als handelaar. Die interpretatie is niet helemaal logisch, omdat dan verplichtingen die typisch behoren bij de contractuele wederpartij komen te rusten op de directe (of onmiddellijke) vertegenwoordiger.

57. Op grond van artikel 6:230o jo. 230r BW.

58. Op grond van artikel 7:9 lid 1 BW.

59. Artikel 3:66 lid 1 BW.

de directe vertegenwoordiger voor aansprakelijk te houden.⁶⁰ Het brengt een financieel risico mee waar deze tussenpersoon zich niet altijd van bewust zal zijn en waar hij mogelijk ook niet op berekend is. Aan de andere kant betekent dit dat de consument bij de tussenpersoon kan aankloppen als de achterman niet thuis geeft.

8. Intermediaire onlineplatformen

Uit de uitspraak van het HvJ EU in *Wathelet* vloeit voort dat een professionele tussenpersoon die niet duidelijk is over het feit dat hij als vertegenwoordiger voor een particuliere achterman optreedt zelf als verkoper in de zin van Richtlijn consumentenkoop kan worden aangemerkt.⁶¹ Het ging in deze zaak om de verkoop van een tweedehandsauto door een professionele garage ten behoeve van de particuliere eigenaar van de auto. Het HvJ EU oordeelt dat het begrip 'verkoper' in de Richtlijn consumentenkoop mede ziet op een handelaar die voor rekening van een particulier handelt indien hij ten overstaan van de consument-koper de indruk wekt als verkoper in het kader van de uitoefening van zijn beroep of bedrijf op te treden.⁶² Van belang werd geacht dat de context waarin de koop plaatsvond (hier was dat een professionele garage) de consument makkelijk op een dwaalspoor zou kunnen brengen.⁶³

Bij de beoordeling of de tussenpersoon als verkoper kan worden aangemerkt moet rekening worden gehouden met alle omstandigheden van het concrete geval, met name genoemd zijn de mate van betrokkenheid en de intensiteit van de inspanningen van de tussenpersoon bij de verkoop, de omstandigheden waarin het goed aan de consument is aangeboden en het gedrag van de consument.⁶⁴

Mak signaleert dat deze uitspraak relevant kan zijn voor onlineplatformen die derden de gelegenheid geven om via het platform te verkopen.⁶⁵ Zie bijvoorbeeld Amazon en Bol.com, deze platformen verkopen zelf zaken, maar geven daarnaast aan anderen (zowel particulieren als handelaren) de gelegenheid om via hun platform producten (nieuw en tweedehands) te verkopen. Indien het intermediaire platform aan de kopers onvoldoende duidelijk heeft gemaakt dat met een particulier werd gecontracteerd zou in het licht van de omstandigheden genoemd in *Wathelet* het platform zelf als de verkoper aangemerkt kunnen worden.

Ook als het platform zelf niet als verkoper kan worden aangemerkt, kan een zekere mate van betrokkenheid bij de aanbieders en aanbiedingen op het platform meebrengen dat op het platform een verantwoordelijkheid komt te rusten met betrekking tot de informatieplichten van de verkopers, zie hierover mijn bijdrage in *TvC* 2018, afl. 5.⁶⁶

In een van de voorstellen die onderdeel uitmaakt van de New Deal voor de consument wordt voorgesteld om specifieke informatieplichten aan onlinemarktplaatsen op te leggen, waaronder de verplichting om consumenten te informeren over het feit of de derde die de goederen, diensten of digitale inhoud aanbiedt al dan niet een handelaar is, op basis van de verklaring van de derde.⁶⁷

Dat impliceert dat de derde de onlinemarktplaats inlicht over zijn hoedanigheid of dat de onlinemarktplaats informeert naar die hoedanigheid en dat die hoedanigheid bijvoorbeeld bij de advertentie vermeld wordt.

9. Een c2b-relatie

Aan de bescherming van het consumentenrecht ligt het uitgangspunt ten grondslag dat de consument zich ten opzichte van zijn zakelijke wederpartij in een zwakke(re) positie bevindt. Die zwakkere positie kan zien op gebrek aan informatie, op gebrek aan kennis en ervaring, maar ook op beperkte mogelijkheden tot onderhandelen bij de aanschaf van producten of diensten.

Het is mogelijk dat de consument de aanbieder is en de afnemer een zakelijke partij. Een voorbeeld van een dergelijke c2b-overeenkomst is de verkoop van een auto door een particulier aan een garage. Dit kan online via platformen zoals Wijkopenautos.nl of Ikwilvanmijnautoaf.nl. In een c2b-verhouding kan evengoed sprake zijn van een ongelijke positie waar een vorm van consumentenbescherming op zijn plaats kan zijn.⁶⁸

De regels van het consumentenrecht zien evenwel op de situatie dat de consument de afnemer is. Artikel 7:5 lid 1 BW specificeert ten aanzien van de consumentenkoop dat het moet gaan om een verkoper die handelt in het kader van zijn handels- of beroepsactiviteiten en een koper die voor privédoeleinden handelt. Ook uit de begripsomschrijvingen van afdeling 6.5.2B BW volgt dat deze afdeling slechts van toepassing is als sprake is van een b2c-overeenkomst. Voor de definitie van consumenten-

60. Logischer is dan wellicht de definities van artikel 2 lid 2 Richtlijn consumentenrechten en artikel 2 van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken zo te lezen dat hiermee de achterman verantwoordelijk kan worden gehouden voor het gedrag van de tussenpersoon ongeacht de vorm van de vertegenwoordiging, maar ook dat is niet altijd logisch, zie hierover M. Loos, 'Onvolkomenheden bij de implementatie van de richtlijn consumentenrecht', *NJB* 2013/2205, afl. 38, p. 2685. De Vries merkt op dat de definitie van het begrip 'handelaar' waarschijnlijk niet de beste plek is om de verantwoordelijkheid van en voor tussenpersonen te regelen, zie A. de Vries, 'Travel intermediaries and responsibility for compliance with EU travel law: a scattered legal picture', *EuCML* 2016, afl. 3, par. III.

61. HvJ EU 9 november 2016, C-149/15 (*Wathelet*), zie over deze zaak de noot van V. Mak in *TvC* 2017, afl. 2, p. 88-91.

62. HvJ EU 9 november 2016, C-149/15, r.o. 34 (*Wathelet*).

63. HvJ EU 9 november 2016, C-149/15, r.o. 41 (*Wathelet*).

64. HvJ EU 9 november 2016, C-149/15, r.o. 44 (*Wathelet*).

65. Mak, *TvC* 2017, afl. 2, p. 89.

66. M.Y. Schaub, 'De verantwoordelijkheid van intermediaire onlineplatformen voor de informatieplichten van de gebruikers', *TvC* 2018, afl. 5, p. 214-217.

67. Zie artikel 2 van het Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993, Richtlijn 98/6/EG van het Europees Parlement en de Raad, Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad en Richtlijn 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad wat betreft betere handhaving en modernisering van de regels voor consumentenbescherming in de EU, COM(2018)185 final. Voorgesteld wordt om artikel 6bis in te voegen in Richtlijn 2011/83/EU met daarin aanvullende informatieplichten voor onlinemarktplaatsen.

68. Vergelijk M.B.M. Loos, 'Consumentenbescherming bij de consumentenverkoop van auto's' (Privaatrecht Actueel), *WPNR* 2015, afl. 7062. Loos signaleert dat bij de verkoop door een particulier aan een professionele partij evenzeer sprake kan zijn van overhaaste of ondoordachte beslissingen van de consument-verkoper en oneerlijke bedingen die door de zakelijke partij worden opgelegd.

koop wordt in artikel 6:230g lid 1 sub c BW verwezen naar artikel 7:5 BW en de definitie van de overeenkomst tot het verrichten van diensten (artikel 6:230g lid 1 sub g BW) specificeert dat het moet gaan om een overeenkomst waar de handelaar zich verbindt om een dienst te verrichten. Artikel 6:193a lid 1 sub d BW definieert een handelspraktijk als iedere handeling, omissie, gedraging, voorstelling van zaken of commerciële communicatie, met inbegrip van reclame en marketing, van een handelaar, die rechtstreeks verband houdt met de verkoopbevordering, verkoop of levering van een product aan consumenten.⁶⁹

Loos ziet in de formulering van sommige bepalingen ruimte om deze zodanig te interpreteren dat c2b-relaties toch onder consumentenbescherming vallen en van de zwarte en de grijze lijst zou een zekere reflexwerking uit kunnen gaan in geval van een c2b-relatie.⁷⁰

De handleiding voor de implementatie van Richtlijn 2005/29/EG geeft verder aan dat indien de verkoop van de auto door een consument aan een handelaar onderdeel is van de transactie waarbij de consument een auto koopt (oftewel: de consument ruilt zijn oude auto in) de koop/verkoop in zijn geheel onder de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken valt.⁷¹

10. Slot

In veel gevallen zal duidelijk zijn of sprake is van een partij die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, maar met name op een onlineplatform kan de hoedanigheid van een partij onduidelijk zijn en kan er onzekerheid zijn, omdat een partij zich bevindt in het grijze gebied tussen bedrijfsmatig en particulier handelen. Uit *Kamenova* volgt dat bij de kwalificatie moet worden gekeken naar alle omstandigheden van het geval. Dat brengt mee dat niet te snel tot de conclusie kan worden gekomen dat sprake is van een handelaar op basis van slechts één of twee omstandigheden, tenzij uit die enkele omstandigheden al onomstotelijk volgt dat sprake is van zakelijk handelen.

De zaak die aanleiding was voor de uitspraak in *Kamenova* betrof de kwalificatie van een natuurlijk persoon als handelaar. De vraag is of de uitspraak ook relevant is in het kader van de kwalificatie van een rechtspersoon als handelaar. Een van de criteria die door het HvJ EU wordt genoemd als relevant bij de beoordeling is de rechtsvorm van de verkoper.⁷² Dat doet vermoeden dat de uitspraak ook relevant kan zijn voor de kwalificatie van rechtspersonen als handelaar en dat het feit dat sprake is van een rechtspersoon een (sterke) aanwijzing is dat dat het geval is.

69. Zie ook de Richtlijn oneerlijke bedingen, deze is volgens artikel 1 van toepassing op oneerlijke bedingen tussen een verkoper en een consument, waarbij de verkoper (verhuurders of dienstverleners vallen hier ook onder) een natuurlijke persoon of rechtspersoon is die handelt in het kader van zijn beroepsactiviteit. Dit impliceert dat ook deze richtlijn slechts ziet op b2c-verhoudingen.

70. M.B.M. Loos, 'Consumentenbescherming bij de consumentenverkoop van auto's' (Privaatrecht Actueel), *WPNR* 2015, afl. 7062.

71. De Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on unfair commercial practices 4-12-2009, SEC(2009)1666 final, p. 8.

72. En met name of die hem in staat stelt handelsdaden te stellen, zie het als vierde genoemde criterium, in de Engelse taalversie: 'a legal status which enabled her to engage in commercial activities'.